

Sérgio Resende de Barros¹**Resumo**

Este artigo analisa os parâmetros de atuação do Poder Judiciário no exame de políticas públicas decorrentes de princípios constitucionais programáticos. Busca-se estabelecer a visão de que a anterior situação de imunidade “discricionária” do administrador público agora tende a ceder diante de um novo entendimento a respeito da legalidade administrativa e das políticas públicas, as quais buscam efetivar na prática social os direitos difusos, previstos na Constituição brasileira de 1988. A conclusão expressa no artigo é a de que a impossibilidade de o juiz indagar o mérito do ato administrativo, proveniente de uma ideologia liberal não intervencionista, vem sendo vencida pela jurisprudência, abrindo espaço para uma concepção principiológica de que o Poder Judiciário pode analisar razões de conveniência e oportunidade. Nesse sentido, o direcionamento que se constrói ao longo do trabalho é de que o magistrado pode e deve ordenar que o administrador público proceda à motivação da impossibilidade de implementação de políticas públicas, especialmente quando envolverem direitos indisponíveis individuais ou coletivos. Finalmente, o artigo tem essencialmente o condão inovador de apresentar as tendências jurídico-administrativas envolvendo o relacionamento do Poder Judiciário com os tomadores de decisão administrativa.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Poder Judiciário. Ato administrativo.

Abstract

This article analyses the Judicial Power action parameters in the public policies exams arising from programmatic constitutional principles. There is a search to establish the view that the previous “discretionary” immunity situation of the public administrator now tends to yield considering a new understanding related to the administrative legality and public policies, which seek to accomplish in the social practice the diffuse rights, foreseen in the Brazilian Constitution of 1988. The conclusion expressed in the article is that the judge impossibility to question the administrative act merits, conception born from a non-interventionist liberal ideology, has been changing by the jurisprudence, making room to a principle conception that the Judiciary can analyze the convenience and opportunity reasons. In this sense, the direction that is composed throughout this work is that the judge can and must order the public administrator to proceed on the motivation of the impossibility to implement public policies, especially when they involve individual and collective unavailable rights. Finally, the article has essentially the innovating special virtue to present the legal-administrative tendencies involving the relationship between the Judicial Power and administrative decision makers.

Keywords: Public Policies. Judicial Power. Administrative Act.

* Artigo recebido em 28/11/2011
Artigo aprovado em 27/01/2012

¹ Mestre, doutor e livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo - USP. Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP. Professor e coordenador de cursos de direito constitucional na Escola Paulista de Direito – EPD. Professor em curso de extensão da Faculdade de Direito da Universidade dos Estudos de Udine, ITÁLIA. Professor em curso de verão da Universidade Internacional Menéndez Pelayo, ESPANHA. Professor em curso de especialização da Universidade Nacional de Educação à Distância, ESPANHA. Titular da Cadeira nº 44 da Academia Paulista de Letras Jurídicas.

1 Introdução

Com a evolução da informática e da comunicação eletrônica, o que já era politicamente reprovável tornou-se tecnicamente inaceitável: a gestão pública por atos de governo ou de administração isolados, praticados por personalidades carismáticas ou personagens burocráticas. Cada vez mais, em vez do *government by men*, a sociedade civil exige o *government by politics*. Hoje, definitivamente, as políticas públicas ultrapassam o horizonte dos mandatos pessoais. Não mais são políticas de um governo, mas *políticas de Estado*, cuja efetivação – apoiada nas leis do orçamento-programa – deve ser objeto dos programas de governo de sucessivos governantes até a sua realização plena e final.

É com essa energia de persistência que o artigo 174 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, erige o Estado em agente normativo e regulador da atividade econômica para determinar-lhe três funções básicas, *fiscalizar, incentivar e planejar*, sendo o planejamento *determinante* para o setor público, ou seja, para o próprio Estado, e *indicativo* para o setor privado, ou seja, para a sociedade civil.

2 Condições do planejamento estatal

Nessa condição bilateral – determinante para o lado público e indicativa para o lado privado – é que o Estado brasileiro tem a função de planejar para si próprio e para a sociedade civil. Não é função aleatória, a ser exercida facultativamente. É poder-dever. Planejar é função-dever do Estado. Pelo que – por sua autoria – o planejamento pode ser dito *estatal*, ainda que sua condição seja bilateral. Mas dizer que o Estado planeja para si próprio e para a sociedade civil não significa dizer dois planejamentos distintos: o interno, voltado para as instituições do Estado, que pode ser dito *planejamento institucional*; e o externo, destinado à sociedade civil, que se pode dizer *planejamento social*. O Estado representa a sociedade civil que o sustenta. Daí, o planejamento institucional tem de ser acoplado com o planejamento social. Mais ainda: no Estado Democrático de Direito, o planejamento institucional tem de ser condicionado pelo planejamento social, que por sua vez deve ser condicionado pelas necessidades da sociedade civil. Esse intercondicionamento do institucional com o social compromete todo o planejar estatal como *planejamento político*, cuja concretização é efetiva-

da, em sua parte mais dinâmica, pelas políticas públicas, que assim surgem, não como simples elos, mas como verdadeiros *elementos de mediação* entre a sociedade civil e o Estado que ela constitui para governá-la e administrá-la.

Governado nesse sentido, o Estado aceita pelo planejamento condições políticas e institucionais a que submete os cálculos econômicos e financeiros de seus atos políticos e administrativos, dando-lhes possibilidade de execução por uma razoável e proporcional adequação entre meios e fins. Essa possibilidade deve ser inserida nas leis orçamentárias, que – conforme o artigo 165 da Constituição Federal – são leis de iniciativa do Poder Executivo que estabelecem: (1) o plano plurianual; (2) as diretrizes orçamentárias; e (3) os orçamentos anuais. No seu todo, integradas entre si, essas leis compõem o orçamento-programa.

Fixado dessa maneira em leis orçamentárias, o orçamento fica submetido à razoabilidade e à proporcionalidade para ter eficácia e eficiência em sua execução. Mas vale destacar que, além desses e outros princípios superiores da gestão pública, o planejamento fica submetido à legalidade e à legitimidade. Todo o planejamento estatal é lei. Essa legalidade – que será mero legalismo, se vazia de legitimidade – atende às inovações políticas das revoluções e às condições técnicas das evoluções que determinaram a Idade Contemporânea da civilização humana.

3 Definição de políticas públicas

Não se deve confundir planejamento com plano. Planejamento é a série de atos coordenados para produzir o plano, é o processo de produção de que o plano é o produto. Nesse processo, o plano racionaliza e coordena, unifica e sistematiza a atuação do Estado, em função de uma política geral. “O plano é a expressão da política geral do Estado.”² Mas o plano geral se desdobra e detalha em programas, que são específicos por setorização e especiais por valoração. Dentre esses programas orientados por valores especiais para setores específicos, hoje, destacam-se as políticas públicas. O que são políticas públicas?

² BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 143.

Rodolfo de Camargo Mancuso identifica políticas públicas com condutas administrativas e define que:

[...] a política pública pode ser considerada como a *conduta* comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.³ (Grifo nosso).

Outros identificam diretamente políticas públicas com programas de governo, como se infere da seguinte afirmação de Fábio Comparato: “o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou *programas* de ação governamental.”⁴ Maria Paula Dallari Bucci completa bem a sua definição ao deixar explícita a participação da sociedade civil:

Políticas públicas são *programas* de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.⁵ (Grifo nosso).

De minha parte, acentuo que as políticas públicas são diretrizes de programas e de condutas, sem excluir delas os programas e as condutas por elas dirigidos. Defino: políticas públicas são diretrizes de interesse público primário, que determinam programas de ação para os governantes e indicam linhas de conduta para os governados, com vistas a ordenar e coordenar a realização de fins econômicos, sociais e culturais relevantes para o governo da sociedade civil pelo Estado por ela constituído e sustentado.

Nessa definição, note-se, o planejamento consistente nas políticas públicas atende ao dispositivo constitucional: é determinante para o setor público, ou seja, para todo o Estado, e indicativo para o setor privado, ou seja, para toda a sociedade civil. São diretrizes setorizadas tematicamente – política de educação, política de saúde,

política de transportes, política econômica, política ambiental etc. – que respondem a direitos coletivos ou difusos de teor econômico, social ou cultural, que cumpre ao Estado assegurar à sociedade civil, ora ao todo social, ora a categorias sociais necessitadas de especial proteção.

4 Interesse público primário

Dado que instruem programas governamentais, as políticas públicas são fixadas pelo Governo, assim entendido o Poder Executivo como gestor maior dos negócios públicos, que devem ser geridos em função do interesse público primário consistente nos direitos sociais básicos – econômicos, sociais e culturais, como também coletivos e difusos – sob pena de falhar o Estado Democrático de Direito preconizado pela Constituição brasileira de 1988. Justamente por isso, ela incrementou esses direitos, provendo um mínimo existencial, no qual se devem enquadrar as políticas públicas. Em verdade, toda a elaboração política vinculadora da administração pública não pode ser arbitrária, mas requer participação direta da sociedade civil, a fim de evitar desvios e vícios, como o clientelismo político eleitoral.

Satisfazer ao dirigente nem sempre é atender ao interesse público norteado pelo bem comum. A direção é outra e única: as políticas públicas são diretrizes dirigidas pelo interesse primariamente comunitário, coletivo e social, sob pena de – desviadas por plataformas eleitorais ou intenções pessoais – não serem políticas públicas. Renato Alessi discerniu que o “[...] interesse da administração enquanto sujeito jurídico [...]” não é “[...] senão um dos interesses secundários existentes no grupo social [...]” e “[...] pode facilmente achar-se em conflito com o interesse público”.⁶ Esse discernimento é necessário para estabelecer políticas públicas. Há que distinguir entre o interesse público primário (da sociedade enquanto governada) e o interesse público secundário (dos órgãos públicos enquanto corporações), mesmo quando eventualmente coincidam. É para o interesse público primário que as políticas públicas surgem no planejamento institucional e político como desdobramentos *específicos*, porque se dirigem a um setor de atuação estatal e civil, e *especiais*, porque o dirigem em função de um valor superlativo.

³ Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 730.

⁴ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *RT*, São Paulo, n. 737, p. 15-17, mar. 1997. (Grifo nosso).

⁵ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

⁶ Cf. ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milão: Giuffrè, 1953. p. 152 s.

5 Valores superlativos

Chamo de *valores superlativos* os valores notórios, cuja importância para o ser humano independe de comprovação. Por exemplo, a saúde, a educação, a cultura, o meio ambiente, a família etc. Essa marca qualitativa – realizar valores humanos superlativos – constitui uma das diferenças específicas das políticas públicas. Elas não são qualquer programa. São programas superlativos, porque têm em vista os valores humanos mais fundamentais, que por isso mesmo são notórios, inquestionáveis, inegáveis.

Esses valores correspondem aos direitos humanos que – sobretudo depois de constitucionalizados como fundamentais da ordem jurídico-constitucional – constituem a guia superior e o rumo permanente das políticas públicas. Estas devem acolher desde os direitos individuais de primeira geração até os direitos difusos de última geração, mas com ênfase nos direitos econômicos, sociais e culturais que lhes asseguram a eficácia social.

Justamente porque cuidam dos valores superlativos refletidos nos direitos fundamentais do ser humano como pessoa civil e como cidadão do Estado, as políticas públicas podem arrefecer as contradições entre o Estado e a sociedade civil que crispam o modo de produção capitalista. Para tanto, no seu fim último e geral, devem as políticas públicas estar orientadas pelo maior valor desses valores maiores: *a dignidade da pessoa humana*. A dignidade humana é o fim para o qual tendem todos os direitos humanos, tendo como meio de alcançar esse fim o direito a ter direitos.

Por serem elementos de mediação que intercondicionam a ação do Estado e da sociedade civil em conformidade com esses valores, as políticas públicas devem estar de acordo com o texto normativo e o contexto axiológico da Constituição jurídica que disciplinam as relações entre os agentes e órgãos do Estado e os membros e entidades da sociedade civil.

6 Fixação na constituição

A emancipação do Estado difere da emancipação humana. O Estado pode ser livre sem que o homem seja livre. Daí, a necessidade de serem fixados na Constituição do Estado os direitos humanos, que visam a dar eficácia jurídica e social à liberdade dos seres humanos mediante a busca de maior igualdade e solidariedade na sua socie-

dade. Eis por que se demanda que a Constituição estabeleça as matérias fundamentais – as premissas materiais – das políticas públicas. Essa foi a demanda a que chegou Gomes Canotilho, no famoso prefácio da segunda edição de sua obra – que é sua tese de doutoramento – intitulada *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*.⁷

A atual Constituição Portuguesa foi, em sua origem, uma constituição dirigente que postulou a construção de um novo modo de produção por um normativismo que revolucionaria o modo de produção capitalista, segundo “fórmulas emancipatórias”, como: “transição para o socialismo”, “exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras” e “desenvolvimento pacífico do processo revolucionário”. Esse dirigismo estava, em boa parte, conformado com a tese de doutoramento de Gomes Canotilho⁸. Mas, como é sabido, Portugal – em vez de construir o modo socialista – incrementou seu modo de produção capitalista por várias medidas, ingressando no Mercado Comum Europeu e na União Europeia. O que – nas sucessivas revisões constitucionais – fez retirar da Constituição de 1976 as fórmulas emancipatórias originais. Tudo isso – e outras causas expostas no prefácio à segunda edição de sua tese – levou Canotilho a findá-lo com as seguintes palavras: “Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo contratual for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”.⁹

Eis aí uma rara capacidade de aceitar o movimento objetivo do mundo social, cuja transformação depende de leis de ser que nem sempre se conformam com as leis de dever que lhe queremos impor. Mas, se estigmatizou o normativismo constitucional revolucionário, Canotilho não baniu todo e qualquer normativismo consubs-

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Prefácio. p. XXX.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Prefácio. p. V *usque* XXX.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Prefácio. p. XXIX.

tanciado em normas constitucionais programáticas. À conclusão acima, acresceu: “Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional” e afirmou “[...] que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das *políticas públicas* num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais.”¹⁰

7 Prerrogativa constitucional

Fixar no texto constitucional é importante, porque gera *prerrogativa constitucional indisponível*. É o que bem assevera o Ministro Celso de Mello, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715–5, de São Paulo, julgado em 22 de novembro de 2005. Referindo-se à educação infantil, ele afirma: “A *educação infantil* representa prerrogativa constitucional indisponível, que, *deferida* às crianças, *a estas assegura*, para efeito do seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o *atendimento* em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV).” (Grifos do autor).

É para gerar prerrogativas constitucionais indisponíveis que essa fixação na Constituição vem ocorrendo cada vez mais, como exemplifica o direito à moradia, recentemente introduzido entre os direitos sociais, no artigo 6º da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. Isso porque a indisponibilidade constitucional permite ao Poder Judiciário determinar aos órgãos públicos a efetivação prática desses direitos (à saúde, à previdência social, à assistência social, à educação, à cultura, ao desporto, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado etc.), mesmo na ausência de política pública específica.

Amplamente, a fixação na Constituição enseja que, com base nas políticas, os três Poderes do Estado e os órgãos superiores que com eles colaboram, como o Ministério Público, o Tribunal de Contas, as Procuradorias e outros, além dos próprios cidadãos e suas associações civis, coparticipem da gestão governamental, atuando cada um no seu campo de ação, nos três níveis da Federação brasileira. Mas, particularmente, no que tange à relação

entre o Executivo e o Judiciário, a fixação das políticas públicas na Constituição e seu desdobramento em leis restringem o poder discricionário do administrador público, corroborando a possibilidade jurídica de acionar o Poder Judiciário para efetivá-las, mediante ações individuais ou coletivas, inclusive para responsabilizar os agentes públicos por suas omissões.

Esses efeitos são hoje verificados por muitos autores. Tomo por exemplo Luiza Frischeisen, Procuradora Regional da República, cuja obra, *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*, é reiteradamente citada pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário supracitado:

Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, *não contemplando o não fazer*.¹¹ (Grifo nosso).

Fora desse enquadramento, não há propriamente políticas públicas. Os atos administrativos ficam a atender aos desígnios dos governantes ou às reivindicações dos governados de forma fundamentalmente dispersa, isto é, sem um fundamento comum e unificador, mesmo quando revistam alguma coerência esporádica e aleatória, mais de aparência que de essência. Tal dispersão da ação administrativa consiste e redundando em atos administrativos isolados, causando desarranjo administrativo. Essa situação administrativa difusa e confusa – a dispersão da ação por atos isolados – é o que existiu entre nós antes e mesmo logo depois do advento do orçamento-programa, na segunda metade do século XX, embora tenha sido por ele um pouco mitigada.

8 Isolamento do ato administrativo

O isolamento dos atos administrativos entre si foi a condição histórica que propiciou a partição e a análise do ato administrativo “em si”. O ato foi decomposto em “elementos”. Por influxo do que se fez com o ato jurídico em geral, no artigo 82 do Código Civil de 1916, o ato ad-

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. Prefácio. p. XXX.

¹¹ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 59.

ministrativo foi conjugado com requisitos ou elementos¹² diversos, dos quais os mais assiduamente apontados são a competência do agente e a oportunidade, a conveniência, a finalidade, a forma e o conteúdo (ou objeto) do ato. Mas também se apontam outros, como o motivo, a eficiência, a justiça. Basta folhear manuais e cursos de direito administrativo para verificar que não há unanimidade nem sistematização nesse arrolamento.

Note-se que a oportunidade e a conveniência não são “elementos” ou “requisitos” do ato administrativo em si mesmo, mas são condições decisivas para a sua legitimidade, pois exprimem a sua relação histórica com a ação administrativa que o pratica e o determina de fato, dando-lhe vida e acabamento.¹³ Essa determinação prática é, pois, vital para a boa concreção da administração. Por isso, essas condições históricas do ato (oportunidade e conveniência) são tão importantes quanto os elementos estruturais do ato em si (finalidade, forma, conteúdo). Em certos casos, são até mais importantes.

Mesmo assim, a teoria tradicional – ignorando o momento histórico do ato administrativo – ignorou as condições históricas que o determinam em sua concreção, sobretudo no tocante aos atos substanciais, aqueles em que o gestor público presta à sociedade os serviços de que diretamente ela precisa, tais como: saúde, educação, transportes etc. Consideram-se vinculados apenas os elementos estruturais e, como não poderia deixar de ser, mediante um regramento que, por mais constringente que pretenda ser, não pode ser senão abstrato e, portanto, aberto a alternativas subjetivas de concreção. Restaram como sendo totalmente vinculados atos de burocracia, internos ou externos, como nomeações, licenças etc.

9 Discrecionabilidade e vinculação

Desse modo, fez-se a radical separação entre aspectos discricionários e aspectos vinculados. Sobreveio a dicotomia entre, de um lado, poder e ato discricionário

rio e, de outro lado, poder e ato vinculado. Essa doutrina foi influenciada pelo liberalismo não intervencionista. Os dois elementos históricos, a oportunidade e a conveniência, são eminentemente práticos e, portanto, atuam diretamente na ordem econômica e social, a qual deve escapar ao controle estatal, segundo apregoa a doutrina liberal. Ou seja: *laissez-faire, laissez-passer*. Daí, por que foram ideologicamente esterilizados e neutralizados sob o epíteto de discricionários, em contraposição aos outros elementos, ditos vinculados.

O liberalismo não sufragava intervenções na ordem econômica e social, o que resultou em imunizar o administrador contra um controle mais efetivo de sua atuação e, sobretudo, imunizá-lo contra o Poder Judiciário. Para esse fim, construiu-se por paralelismo com o mérito processual o conceito de mérito administrativo, verdadeiro *prodigium mirabile*, que, muitas vezes, escuda a ilegalidade sob o teto da legalidade. Ou seja, sob a alegação de que “não há padrões de legalidade” para controlar, não se controla. Leia-se um clássico daquela época:

Em tais atos (discricionários), desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação. O que convém reter é que o *mérito administrativo* tem sentido próprio e diverso do *mérito processual* e só abrange os elementos não vinculados do ato da Administração, ou seja, aqueles que admitem uma valoração da eficiência, oportunidade, conveniência e justiça.¹⁴

Evidentemente, Hely Lopes Meirelles escreveu esse texto sob influxo da ideologia liberal, aqui traduzida por uma postura estritamente juspositivista: legalista. O mérito administrativo foi uma ideia que, desde o início, nem todos aceitaram. Essa recusa é atestada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Nem todos os autores brasileiros falam em *mérito* para designar os aspectos discricionários do ato. Os que o fazem foram influenciados pela doutrina italiana”.¹⁵ Na realidade histórica, o mérito administrativo foi construção ideológica, cujos autores não tinham consciência de que sua doutrina, no âmago, era uma forma de *laissez-faire, laissez-passer*, ou seja, uma forma de excluir o controle do Estado sobre as relações e

¹² “Quanto à denominação, alguns autores empregam o termo elementos. Outros adotam o vocábulo requisitos, por vezes repartindo-os em intrínsecos e extrínsecos. Outros optam pelo termo pressupostos; outros separam requisitos de pressupostos.” MEDAUR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 152.

¹³ Aqui o termo *acabamento* se emprega em seus dois sentidos, ao mesmo tempo: *conclusão* e *aperfeiçoamento*.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 138.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 210. (Grifo do autor).

contratações entre seus agentes e os agentes da sociedade civil no mercado de obras e serviços.

10 Ideologia administrativa

A ideologia é uma forma inconsciente, decorre das condições histórico-sociais que condicionam o pensamento. Quem a pratica não tem consciência de que a faz. Ninguém pensa fora do mundo. Sempre se pensa sobre o mundo, ou seja, a respeito dele, mas também sob o mundo, ou seja, por influência dele. O pensamento é induzido das situações históricas, mas é também por elas conduzido. Daí, por que o sujeito nem sempre alcança toda a realidade do mundo em que pensa, isto é, do mundo sobre o qual, mas também dentro do qual pensa. Muitas vezes, o fundo mais profundo – o fundamento mais determinante – do fenômeno não é atingido. Foi esse o caso da distinção entre a discricionariedade e a vinculação, opostas entre si, para caracterizar o mérito administrativo. Mas, ainda que resultante da ideologia liberal não intervencionista, a teoria do mérito administrativo não foi um engodo. A sua real pretensão foi assegurar a liberdade gerencial do administrador público. Mas o efeito logrado foi imunizá-lo contra um controle mais imparcial de sua atuação, a ser feito pelo Poder Judiciário, longe do *esprit de corps* em que se aninham os interesses secundários que habitam a administração pública como corporação.

Por sequele, o arbítrio administrativo pôde esconder-se sob o manto da discricionariedade administrativa, não raro amparada por sofisticada argumentação tecnocrática. Na maioria dos casos, em prejuízo daqueles que mais necessitam do atendimento ao interesse público primário. Resultado: sem políticas públicas adequadas, as obras e os serviços públicos essenciais ficam à deriva. Por isso, a anterior situação de imunidade “discricionária” agora tende a ceder diante de uma nova concepção da legalidade administrativa e das políticas públicas, as quais buscam efetivar na prática social os direitos econômicos, sociais, culturais e os direitos e interesses difusos, previstos na Constituição de 88.

11 Um novo princípio

Hoje, a ideologia jurídica centrada no mérito administrativo está sendo vencida, pois “o império da lei e

o seu controle, a cargo do Judiciário, autorizam que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador”. Essas são palavras textuais da Ementa relativa ao Acórdão que decidiu, nos termos do voto da Relatora, Ministra Eliana Calmon, o Recurso Especial nº 493.811-SP (2002/0169619-5), julgado no Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 11 de novembro de 2003. Na mesma data e no mesmo sentido, há o acórdão relativo ao Recurso Especial nº 429.570-GO (2002/0046110-8). Mas este acrescentou, ainda, na Ementa, que:

O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

Outros acórdãos sobrevieram com ementas igualmente negadoras da discricionariedade. Por exemplo, o relativo ao Recurso Especial nº 510.259-SP (2003/0017033-9), julgado em 24 de agosto de 2005.

Tem-se aí um novo princípio: *o Poder Judiciário pode analisar as razões de conveniência e oportunidade*. O que supera por uma nova tese a antiga doutrina que excluía da apreciação do juiz a conveniência e oportunidade do ato administrativo. Não bastasse esse princípio baseado na moralidade e na razoabilidade, as políticas públicas – respaldadas na Constituição e nas leis – inviabilizam de modo mais concreto o argumento de que não há padrões de legalidade para aferir o “mérito” do ato “discricionário”. Vale citar aqui novamente a Procuradora da República, Luiza Frischeisen:

Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração.¹⁶

Não que haja sobrevivendo uma situação antípoda: a total ausência de liberdade. A absoluta vinculação seria a negação da essência da ação de administrar. As políticas públicas não negam a liberdade gerencial, reduzindo a administração a mero teatro de marionetes. O que negam é a ausência de controle judicial ou extrajudicial sob alegação de não haver padrões de legalidade para controlar.

¹⁶ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 95.

As leis orçamentárias irradiam sua coatividade acerca de toda a atividade do Estado, alcançando inegavelmente as políticas públicas, mesmo se não formalizadas por leis específicas. Ademais, no Brasil, as políticas públicas, como predica a doutrina do constitucionalismo social, têm suas premissas materiais fixadas na própria Constituição, na forma de direitos econômicos, sociais e culturais – coletivos e difusos – cuja implementação é imprescindível ao Estado Democrático de Direito.

12 Parâmetros de atuação

Tal fixação constitucional se faz por normas programáticas. Caso se aplique a distinção das normas jurídicas em princípios (mais gerais) ou regras (mais específicas), nos termos doutrinados por Robert Alexy¹⁷ e Ronald Dworkin,¹⁸ é mais adequado que as políticas públicas sejam objeto de princípios constitucionais programáticos, a serem detalhados por regras estabelecidas pela legislação infraconstitucional. Contudo, mesmo antes do seu regramento infraconstitucional, esses princípios programáticos – como toda norma programática – já têm eficácia para: (1) revogar atos anteriores e fundar a inconstitucionalidade de atos posteriores que com eles colidirem; e (2) assegurar direito de ação e justificar decisões judiciais contra tais atos colidentes. Esses parâmetros – substanciais e processuais – devem pautar a atuação do Poder Judiciário em relação às políticas públicas expressas nos princípios constitucionais programáticos. Todavia, ainda há outros parâmetros.

O mais relevante diz respeito à possibilidade econômica de o Estado prestar os direitos sociais. Os direitos sociais, em sua maioria, são prestacionais: exigem a intervenção do Poder Público na ordem econômica, social e cultural para prestar serviços ou auxílios, em busca da igualdade real, bem enunciada por Rui Barbosa no discurso aos formandos da Faculdade de Direito de São Paulo, em 1923. Então, já desiludido pela impossibilidade de vencer o coronelismo, Rui disse: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam.” Ai “é que se acha a verdadeira lei

da igualdade”. E arrematou: “[...] tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.”¹⁹ Mas essa intervenção do Estado para superar mediante direitos sociais as desigualdades reais tem um custo econômico-financeiro. A íntima relação entre as políticas públicas e os direitos sociais condiciona a atuação do Estado a prestações diretamente vinculadas à destinação dos bens públicos e à disponibilidade orçamentária. Dessa forma, as políticas públicas e os direitos sociais que elas abrigam têm uma dimensão – um peso – economicamente importante para o Estado.

O mesmo não ocorre com os direitos individuais, cuja proteção jurídica pode ser assegurada sem maior dispêndio econômico pelo Estado. Há gasto público com recursos materiais e humanos para prover a garantia judicial dos direitos individuais. Porém, esse dispêndio difere do gasto com as políticas públicas, o qual, pelo seu montante, limita a prestação dos direitos sociais. Já que a efetivação dos direitos sociais tem caráter prestacional, o gasto público é *conditio sine qua non* da eficácia das políticas públicas. A efetividade das políticas públicas sempre depende da atual disponibilidade de recursos por parte do destinatário da pretensão, o Estado, mesmo quando o Judiciário impõe ao Poder Público a satisfação de prestações reclamadas em juízo. Aqui se apresenta a questão da reserva do possível.

Esse limite fático precisa ser ponderado. Em nenhum caso, a prestação de um direito social depende de ser ele previsto em alguma política pública. Mas não se pode obrigar a administração a fazer o que lhe seja impossível. No entanto, o juiz deve ponderar criteriosamente essa impossibilidade. Por exemplo, é inaceitável desviar recursos públicos para plataformas eleitorais em prejuízo das políticas públicas de interesse coletivo. Essa e outras distorções impõem uma conclusão: não se deve aceitar afoitamente a exceção dita *reserva do possível*, relativa à possibilidade econômica do Poder Público.

13 Reserva do possível

Essa condição econômica repercute no campo processual, favorecendo mais as ações individuais do que

¹⁷ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 83 et seq.

¹⁸ Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira São Paulo: M. Fontes, 2002. p. 35 et seq.

¹⁹ Cf. BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 18. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001. p. 55.

as coletivas, pois a possibilidade econômica de o Estado prestar um direito social a um cidadão singular é maior que a de ele garanti-lo de forma geral, para todos. Por isso, ações coletivas, como a ação civil pública, sempre esbarram na alegação de reserva do possível, arguida pelo Estado. Porém, anote-se o que afirma Martins Port: “O princípio da reserva do possível, por si só, não pode ser utilizado como argumento para se afastar qualquer eficácia das normas constitucionais que consubstanciam os direitos sociais e econômicos.”²⁰ Com isso, condiz o Ministro Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário 431.773/SP, citado pelo Ministro Celso de Mello: “O Estado – União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios – deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, *não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa*.”²¹ (Grifo nosso).

Há ações especiais muito idôneas para garantir e até implementar políticas públicas: ação direta de inconstitucionalidade, sobretudo por omissão; ação declaratória de inconstitucionalidade; arguição de descumprimento de preceito fundamental; ação civil pública; ação popular, dentre outras. Porém, não se devem desprezar outras ações, como o mandado de segurança individual ou coletivo e o mandado de injunção. A própria ação ordinária se presta à implementação de políticas públicas, sobretudo em casos individuais. Contudo, em todas essas ações, não basta ao Estado arguir a reserva do possível: deve provar a impossibilidade, deve motivar o seu ato.

Surge aqui outro parâmetro: a motivação. A vigente Constituição do Estado de São Paulo, no artigo 111, insere a motivação entre os princípios da Administração Pública. Mas, mesmo onde não seja assim positivada, a motivação – porque resume os demais requisitos – é exigência aplicável ao ato administrativo, em caso de haver dúvida a respeito das intenções ou omissões do gestor público. Nesse caso, o juiz não só pode apreciar os motivos, mas até deve ordenar que o administrador público proceda à motivação do seu ato, se ainda não a fez, sob pena de vê-lo anulado pelo Judiciário por ausência de motivos.

14 Conclusão

Esses são alguns parâmetros que podem e devem pautar a atuação do Judiciário em relação às políticas públicas, fugindo à tradicional alegação de que não é dado ao juiz entrar no mérito do ato administrativo. O juiz deve indagar do verdadeiro mérito e delimitar a discricionariedade administrativa, que sempre se liga ao interesse público primário.

As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional.²²

Em suma, constitui indeclinável o poder-dever de o juiz sindicar os motivos determinantes dos atos administrativos, inclusive das omissões, na prestação individual ou coletiva dos direitos sociais, sobretudo quando consubstanciem a formulação e a execução dos programas governamentais instruídos pelas políticas públicas. Essa atuação do Judiciário é hoje mais necessária, em face da complexidade técnica e operacional das políticas públicas, agravada pelos conflitos de interesses nelas envolvidos. Esses conflitos podem gerar desvios, o que por si só justifica agir para submeter ao Judiciário a ponderação dos interesses em colisão, sobretudo para distinguir o interesse público primário do mero interesse de governo, sob pena de – na execução das políticas públicas – o Estado Democrático de Direito não passar de um mito eleitoral: ser muito mais um mero Estado de Legalidade que um verdadeiro Estado de Direito.

Referências

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milão: Giuffrè, 1953.

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 18. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

²⁰ PORT, Otávio Henrique Martins. *Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da Administração pública*. São Paulo: RCS Editora, 2005. p. 209.

²¹ Cf. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5 – S P. Julgado em 22/11/2005.

²² FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 97.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *RT*, São Paulo, n. 737, p. 15-17, mar. 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira São Paulo: M. Fontes, 2002.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MEDAU, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da Administração pública*. São Paulo: RCS Editora, 2005.